

نظریه رخصت‌های شرعی و کاربرد آن در حقوق خانواده^۱

زهرا کاظمی^۲

طوبی شاکری گلپایگانی^۳

سیدابوالقاسم نقیبی^۴

چکیده

پژوهش حاضر در پرتو آیات قرآن کریم با تبیین اصل تسهیل به عنوان اصل بنیادین حاکم بر قانون‌گذاری اسلامی، جایگاه اصل مزبور را به عنوان روش قانون‌گذاری اسلامی که مبتنی بر تیسیر و تسهیل‌گرایی توأم با لحاظ نمودن عنصر مصلحت است، ترسیم می‌نماید، و به ارائه طرح و الگوی مشخص و عملی قانون‌گذاری در حوزه خانواده در جهت اصلاح و انطباق قوانین خانواده بر اساس تسهیل می‌پردازد. از این رو پس از تبیین مفهوم فقهی رخصت‌های شرعی، پیشینه اخذ رخصت‌های شرعی به عنوان مبنای قانون‌گذاری را در کشورهای اسلامی مرور می‌کند و با اشاره به مبنای قانون‌گذاری در ایران از زمان مشروطه تا کنون و تعارض میان روش قانون‌گذاری موجود با اصول اولیه اعتقادی امامیه در بحث تقلید و جایگاه رخصت‌های شرعی در وضع قوانین و مقررات خانواده در ایران نتیجه می‌گیرد که هر چند قانونگذار خانواده در وضع قوانین مبنای مشخصی ندارد، در مواردی به منظور دفع عسر و حرج به رخصت‌های شرعی دست یازیده است، در نظر گرفتن مصلحت در واگذاری حضانت کودک به والد واجد صلاحیت، صدور مجوز نکاح بالغه رشیده در موضع عضل پدر، و به رسمیت شناختن طلاق قضایی از آن جمله است.

واژگان کلیدی

اسلام، مذاهب، حقوق خانواده، قانون‌گذاری، رخصت شرعی

^۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۴/۲۹؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۷/۱۵

^۲ z_kazemi@modares.ac.ir

^۲- دانشجوی دکتری مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسؤول)

^۳- استادیار گروه مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس

^۴ da.naghbi@yahoo.com

^۴- دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مطهری

مقدمه

اصل سهولت از عام‌ترین، اصلی‌ترین و کاربردی‌ترین قواعد فقهی و باز گوکننده روح دیانت و شریعت است، آموزه‌ها و قوانین اسلامی به آسان‌گیری بر مردم و تسهیل وظایف آنان گرایش زیادی دارد و فقط در مواضعی که ایمان و اخلاق جامعه در معرض تباهی قرار گیرد و مصلحت عمومی به خطر افتد و نرمی و ملایمت نیز چاره‌سازی نکند، به سخت‌گیری نزدیک می‌شود؛ وگرنه روح غالب در آموزه‌ها و دستورهای اسلامی به تساهل و تخفیف و جلب قلوب معطوف است (ناصری مقدم، ۱۳۸۱، ص ۳).

ریشه‌های این اصل مهم در قرآن کریم و روایات آمده است و اصولیان و فقیهان در مواضع مختلف، از آن استفاده کرده‌اند، هر چند جز دسته قلیلی مانند محقق اردبیلی، آن را تحت قاعده «لا حرج» قرار داده‌اند. آیاتی از قرآن مجید بر این اصل دلالت دارند از جمله: *یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر؛ «خدا برای شما آسانی می‌خواهد و دشواری نمی‌خواهد»* (بقره، ۱۸۵).

و ما جعل علیکم فی الدین من حرج؛ «و در دین بر شما سختی قرار نداده است» (حج، ۱۸).

فانّ مع العسر یسرا؛ «پس [بدان که] با دشواری آسانی است» (انشراح، ۵).

سیجعل الله بعد عسر یسراً؛ «خدا به زودی پس از دشواری آسانی فراهم می‌کند» (طلاق، ۷).

یرید الله ان یخفف عنکم و خلق الانسان ضعیفاً؛ «خدا می‌خواهد تا بارتان را سبک گرداند و

[می‌داند که] انسان ناتوان آفریده شده است» (نساء، ۲۸).

پس تساهل و تسامح خمیر مایه دین اسلام را تشکیل می‌دهد و رسول گرامی اسلام 6، اصل دین و برانگیخته شدن خود برای اجرای آن را، براساس سمحه و سهله معرفی کرده است: «بعت بالحنفیة السهلة السمحة» (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۹۰؛ طریحی، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۱). مرحوم کلینی در تبیین سهولت شریعت می‌نویسد: سهولت ضد صعوبت است. مسامحه نیز عدم مضایقه و تنگی به شمار می‌رود... از این رو هر کس دین را سخت بگیرد و تمسک به آن را به سختی صعود به آسمان ببیند با سنت مخالفت کرده، شریعت را باطل ساخته و باعث فوت حکم شریعت شده و فوایدش را پست و ضعیف کرده است... (کلینی، ۱۴۱۰هـ ج ۳، ص ۱۷).

یکی از حوزه‌های تساهل و تسامح دین اسلام، مسائل حقوقی - اجتماعی است، بسیاری از مسائل اجتماعی و حقوقی اسلام بر تسامح مبتنی است؛ به ویژه که امروزه آسان کردن و کارآمد ساختن فقه فربه و مفصل کنونی، ضرورتی گریزناپذیر است. نادیده گرفتن این اصول بنیادین که روح و جوهره شریعت را سامان می‌دهد، تهی شدن قوانین از معنا و روح، سیطره ظاهر بینی بر ژرفاسنجی و احساس تناقض میان دین‌داری و حیات دنیوی و... را به دنبال دارد.

برخی اندیشمندان بر این باورند که احتیاط‌های بسیار در فقه شیعه به بیش از نصاب قابل قبول رسیده است و این نشان‌گر نوعی خلل در مینهج و روش است... مکلف محکوم به رعایت احتیاط در فروع فقهی بسیار است و این با عبادات سازگاری دارد، اما در فقه عام (معاملات) خیر (شمس‌الدین، ۱۴۱۷هـ. ق. ۲۵).

شهید مصطفی خمینی در این زمینه می‌نویسد: ... فقیه واقعی آن است که بداند اسلام دین سهل و مسامحه است. همان گونه که در حدیث آمده: «*اِنِّی بَعَثْتُ عَلَی الشَّرِیْعَةِ السَّهْلَةَ السَّمْحَةَ*» (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۶۸۸).

از این جهت، باید در نظام عبادات با شیوه‌ای متفاوت از شیوه تشریح قوانین در فقه عام، رفتار کرد؛ زیرا در باب معاملات عام، یعنی فقه سیاسی، اقتصادی، [فقه] خانواده و جامعه تبعیدی وجود ندارد؛ در این‌جا باید مقاصد شریعت ملاحظه شود (شمس‌الدین، ۱۴۱۷هـ. ق. ۲۲). این کارگشایی‌ها تحت عنوان «رخصت» در شرع آمده‌اند و عملاً منجر به ایجاد تغییراتی در حوزه اعمال شرعی می‌شوند، همین رخصت‌ها را می‌توان مبنای قانون‌گذاری قرار داد. از این رو نخست به معناشناسی رخصت‌های شرعی و جایگاه آن در اجتهاد می‌پردازیم و سپس به بررسی مبانی قانون‌گذاری در ایران پرداخته، میزان اهتمام قانون‌گذار به رخصت‌های شرعی و قوانین منبعث از آن را مورد واکاوی قرار می‌دهیم.

معناشناسی رخصت‌های شرعی

رُخصت در مقام تعریف عبارت است از: تغییر حکم شرعی به گونه‌ای که صعوبت و سختی آن رفع و انجام آن سهل شود. این کار یا به خاطر مشکلی است که برای مکلف

رخ داده یا انجام تکلیف، مفسده‌ای به دنبال دارد که بر مصلحت حکم اولیه، غالب است
(ابن عاشور، ۱۹۸۴م، ص ۱۳۲).

در آثار فقهای امامیه نیز معنای رخصت شرعی را در سه بخش می‌توان دسته‌بندی
کرد:

الف - رخصت: در مقابل عزیمت و از اقسام احکام شرعی است که در لغت، به معنای
تسهیل و آسان گرفتن است و در اصطلاح، حکمی است که در موارد عذر داشتن مکلف،
به منظور تسهیل بر او، بر خلاف حکم اولی ثابت می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۴، ص ۴۵-۴۶).
بنابراین، آن دسته از احکام ثانوی که در موارد اضطرار، عسر و حرج، ضرر، عذر و...
به خاطر تخفیف بر بندگان جعل می‌شود - همچون برداشتن حکم روزه از مریض - همگی
از باب رخصت هستند.

ب - بعضی از فقها: نسخ احکام دشوار در امت‌های گذشته را نیز در زمره رخصت
دانسته‌اند (همان‌جا).

بدین سان، رخصت در جایی است که حکمی باشد و شارع به منظور تسهیل بر مکلف،
آن حکم را بر دارد. از این مطلب نتیجه گرفته می‌شود که در مواردی که حکم اولی اباحه
باشد، رخصتی در کار نیست.

ج - آیت الله خویی (ره) در اقسام رخصت می‌نویسد:

رخصت بر چهار قسم است:

اول - رخصتی که واجب است، مانند حلّیت [اکل] مردار برای فرد مضطر؛

دوم - رخصتی که مستحب است، مانند مقدم شدن غسل روز جمعه بر پنجشنبه به
دلیل ترس از نبودن آب و...

سوم - رخصتی که مکروه است مانند تقیه از انجام مستحبات در موضع فقدان ضرر
در حال و آینده و...

چهارم - رخصتی که مباح است، مانند معاملات که انجام آن رخصت داده شده است،
همچون بیع عرایا که رطب تازه موجود بر درخت - با تخمین میزان کاهش وزن آن پس
از خشک شدن - با تمر (خرمای خشک) معامله شود (خویی، ۱۴۱۷هـ الجزء الثالث، ص ۱۶).

برخی دیگر از اصولیان در تعریف رخصت گفته‌اند: رخصت عبارت است از سقوط امر به بعضی مراتب آن نه به همه مراتب، مثل آن که چیزی واجب باشد سپس وجوب آن برداشته شود، ولی رجحان آن از بین نرود و مستحب شود، یا این که مستحب مؤکد، از باب رخصت، تأکیدش برداشته شود و فقط استحباب آن باقی بماند (خویی، ۱۴۱۷هـ الجزء الثالث، ص ۱۶).

چنان که نفی حرج از مکلفان در علم به احکام و حجت دانستن ظنون معتبر در اجتهاد و موضع فقدان نص، مؤیدی بر پذیرش رخصت‌های شرعی و رویکرد تسهیلی شریعت است، به گونه‌ای که اصولیان نیز در مسیر مصلحت تسهیل، گام برداشته‌اند (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۴). به گونه‌ای که در موضعی به حکم ظاهری بسنده کرده‌اند (نوری، بی تا، ج ۳، ص ۵۳).

این روش‌ها بر تقدم تسهیل در انجام تکالیف شرعی تأکید دارد که تحت عنوان «تتبع رخص شرعی» مطرح می‌شود.

تتبع رخص در اصطلاح چنین معنا شده است: *أن يأخذ من کلّ منها ما هو الأھون فی ما یتع من المسائل*؛ این که مقلد در مسائلی که رخ می‌دهد، از هر مذهبی آن را که آسان‌تر است، مورد عمل قرار دهد (ابن سبکی، ۱۴۱۵هـ ج ۲، ص ۴۰۱). یعنی در یک موضوع واحد، به جست‌وجوی آسان‌ترین آرای اجتهادی در میان مذاهب اسلامی که عمل به آن آسان‌تر است بپردازد و به مقتضای آن عمل کند.

همچنین، مجموعه‌ای از فتاوا، احکام و نظرات فقهی را که مبتنی بر تساهل و تسامح است در مسائل مدنی، جزایی و... به عنوان قانون، گرد هم آورد (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۴) و در مواردی که نص صریحی وارد نشده است و دلیل ثانوی هم موجود نیست، صرفاً رعایت مطلق مصلحت افراد را مد نظر قرار داد.

در این عرصه، شهید مطهری بحث «اسلام و مقتضیات زمان» را، علامه طباطبایی بحث «عناصر ثابت و متغیر» را و آیت الله صدر بحث «نظام‌های اجتماعی اسلام و منطقه الفراغ» را مطرح کردند و امام خمینی توانست با تشکیل حکومت اسلامی، گامی عملی در این مسیر بردارد و با بازگشت به اجتهاد، ظرفیت‌های آن را برای حل بن‌بست‌های نظام

دینی بازگو کند.

حال با توجه به روح تسهیلی شریعت اسلامی، اگر به خاطر اجرای احکام شرعی، فرد در مضیقه قرار گیرد و لازم آید تا وسعتی در حال او ایجاد شود، در چنین مواردی جایز است که در چارچوب احکام و اصول شرعی به نحوی گشایشی در کار او پدید آورده شود (ابن فرحون، ۱۴۱۶ هـ.ج، ص ۱۳۵)؛ زیرا علاوه بر اصل مصلحت شرعی، اصل سهولت از عام‌ترین، اصلی‌ترین و کاربردی‌ترین قواعد فقهی و بازگوکننده روح دیانت و شریعت است، که ضروری است مبنای قانون‌گذاری قرار گیرد.

رخصت‌های شرعی مبنای قانون‌گذاری در کشورهای اسلامی

۱- عثمانی

تقریب مذاهب فقهی اسلامی با هدف بهره‌گیری از اجتهادات همه مذاهب اسلامی در راستای برآوردن نیازهای قانون‌گذاری برای پدیده‌های جدید کنونی صورت پذیرفته است.

این امر، نخستین بار در سده نوزدهم میلادی در خصوص قانون خانواده (احوال شخصیه)، در کشور عثمانی مورد توجه واقع شد.

در کشورهای اسلامی تا اواسط قرن سیزدهم هجری قمری (نوزدهم میلادی)، قانون به مفهوم امروزی آن، وجود نداشت و شریعت اسلامی، یعنی احکامی که فقها به استناد ادله فقهی استنباط می‌کردند، سامان‌دهنده روابط حقوقی میان افراد بود (شحاته، ۱۳۸۲، ص ۱۵).

امپراطوری عثمانی به واسطه آشنایی با فرهنگ مغرب زمین و از سوی دیگر مواجهه با موانع ساختاری در درون جامعه خویش به انجام اصلاحاتی در ابعاد مختلف اجتماعی از جمله روش قانون‌گذاری دست زد. به دوره‌ای که این اصلاحات انجام گرفته است، عصر تنظیمات اطلاق می‌شود.

دولت عثمانی دریافته بود که نیازمندی‌های زمان، مستلزم وضع قوانین متناسب با اوضاع روز است. از این رو، تدوین قانونی مدنی را وجهه همت خود قرار داد و انجمنی به نام جمعیت المجله، مرکب از هفت نفر به ریاست احمد جودت پاشا، ناظر دیوان احکام

عدلیه برگزید.

هدف این انجمن تألیف کتابی بود در معاملات فقهی که دقیق و سهل‌المأخذ و عاری از اختلافات بوده، مشتمل بر اقوال ممتاز و مشهور باشد که مطالعه آن بر هر فرد آسان شود. در فاصله سال‌های ۱۸۶۹ تا ۱۸۷۶م، مجموعه قوانین تازه‌ای به نام مجله الاحکام العدلیه، مشتمل بر ۱۸۵۱ ماده شامل یک مقدمه یکصد ماده‌ای و ۱۶ مجلد، فراهم آمد که اعتبار خود را تا ۱۹۲۶م حفظ کرد. این مجموعه قوانین که احمد جودت پاشا (۱۸۲۲-۱۸۹۸م) تاریخ‌نویس و حقوق‌دان عثمانی بیش از هر کس در تدوین آن تلاش کرده بود، بر احکام فقه حنفی استوار بود (ورسینیچ، ۱۳۴۶، ص ۴۱-۴۲).

لیکن این قانون و قوانین سابق بر آن از نظر پرداختن به مسائل احوال شخصیه و حقوق خانواده ناقص می‌نمود، به گونه‌ای که تا سال ۱۳۳۵هـ/۱۹۱۷م حقوق خانواده هم‌چنان در محاکم اختصاصی شریعت به شیوه سنتی اجرا می‌شد (اندرسن، ۱۳۷۶، ص ۴۷-۴۸). در سال (۱۹۱۷م - ۱۳۳۳ق) نخستین قانون خانواده کشورهای اسلامی در حکومت عثمانی به تصویب رسید، که همه موضوعات احوال شخصیه را در برنمی‌گرفت، ولی تا حدودی نقص و خلأ مجله الاحکام را کاهش می‌داد. حقوق خانواده یا حقوق العائله عثمانی که شامل ابواب نکاح، طلاق، نسب، و آثار آن‌ها بود، در ۳۴۷ ماده تدوین شد و «المجله الاحکام العدلیه» نام گرفت.

این قانون مخصوص مسلمانان نبود، بلکه شامل طوایف مختلف مسیحی و یهودی نیز می‌شد و در قسمت مربوط به مسلمانان نیز تنها بر اساس فقه حنفی استوار نبود، بلکه از فقه مذاهب دیگر نیز بهره برده بود و همه مذاهب چهارگانه را در بر گرفته، گزینه‌هایی از تمام گنجینه فقه اسلامی را در خود جای داده بود. این قانون به رغم جدایی سوریه و لبنان از دولت عثمانی، در آن کشورها نیز به اجرا گذاشته شد (شلیبی، ۱۹۷۷م، ص ۱۸-۱۷). حقوق العائله یا حقوق خانواده عثمانی هم از جنبه شکلی هم از لحاظ موضوعی دارای اهمیت بسیار بود:

- نخستین قانون رسمی احوال شخصیه کشورهای اسلامی بود که حقوق خانواده را به شکل قوانین جدید کدبندی کرده بود.

- اولین قانونی بود که موارد زیادی از آن از مذاهب اسلامی دیگر، غیر از مذهب حنفی و یا نظر غیرراجح گرفته شده بود.
- این عمل تلاش ابتکاری در راستای اجرای فقه مقارن به شمار می‌آید (دیب استانبولی، ۱۹۹۷م، ج ۳، ص ۱).

نمونه‌هایی از مواد قانونی مربوط به احوال شخصیه المجله در حیطه خانواده چنین تغییر کرد:

۱- در مورد ازدواج مکره و طلاق مست، مخالف مذهب حنفی حکم کرده بود. از جمله این‌که اکراه و مستی زایل‌کننده اراده بوده، نکاح شخص مکره غیرصحیح و تصرفات اکراهی باطل است.

۲- قاضی طبق این قانون می‌توانست به خاطر شقاق و ضرر و عدم امکان اصلاح، حکم به تفریق زوجین کند.

۳- قاضی می‌توانست زوجه مفقودالخبری را که از تاریخ بی‌خبری از مرگ یا حیات او چهار سال گذشته باشد، طلاق دهد، مشروط بر این‌که زوجه تقاضای طلاق نماید.

۴- طبق این قانون، ولی حق نداشت کودک نابالغ خود را به نکاح کسی و یا بالعکس درآورد. در حالی که این حکم، مخالف مذاهب اربعه اهل تسنن است (صابونی، ۱۹۸۵م، ص ۱۵). این نمونه‌ها تصویری از مرحله جدید تحول در فقه اسلامی را ارائه می‌کند؛ یعنی از نظر قانون‌گذار اسلامی، مصالح عامه مسلمانان و نیازهای جدید آن‌ها اقتضا می‌کرد که به جای سخت‌گیری و تعصب در آرای فقهی یک مذهب، از تمام ظرفیت فقه اسلامی استفاده کند.

۲- مصر

گرچه دولت عثمانی در سال ۱۹۱۷م نخستین قانون مربوط به احوال شخصیه را به تصویب رساند، لیکن مصر از نظر تلاش برای ایجاد یک نظام قانونی در امور مربوط به احوال شخصیه و حقوق خانواده، بر دولت عثمانی پیشی گرفته بود. در سال ۱۹۱۵م گروهی از علمای مذاهب اربعه دست به تدوین قوانینی در این خصوص زدند، اما

اعتراضات فراوان از یک طرف و شروع جنگ جهانی اول از طرف دیگر، این تلاش را عقیم گذارد (بوزهره، ۱۹۵۰م، ص ۱۰؛ شلیبی، ۱۹۷۷م، ص ۲۰).

در سال ۱۹۲۰م، قانونی در ۱۳ ماده به تصویب رسید که بر اساس فقه مالکی استوار بود. در این قانون مقرراتی راجع به نفقه زوجه، اعطای حق فسخ نکاح به زنان و غیبت زوج وجود داشت (همانجا). در سال ۱۹۲۳م، قانون مربوط به سن نکاح مشتمل بر دو ماده به تصویب رسید (بوزهره، ۱۹۵۰م، ص ۱۲).

فراخوان شیخ محمد عبده در گزارشی که برای اصلاح محاکم شرعی به رشته تحریر در آورد، از برجسته‌ترین این فراخوان‌ها در پذیرش همه مذاهب فقهی اسلامی و بهره‌گیری از اجتهادات آن‌ها در امر قضا و قانون‌گذاری جدید در شریعت است که به اصلاح دستگاه قضا و فقه و تسهیل امور مردم و پاسخ به نیازهای نوپدید فراخواند (عبده، ۱۹۷۹-۱۹۸۰م، ج ۲، ص ۲۰۱-۲۰۹).

در اکتبر ۱۹۲۶م، گروهی از علمای مصر که در میان آنان شاگردان محمد عبده نیز حضور داشتند، قانونی راجع به ازدواج و طلاق تدوین کردند که در آن برخی شروط ضمن عقد، چون شرط خودداری از ازدواج دوم پیش‌بینی شده بود. این قانون بر اساس فقه مذاهب اربعه و برخی فتاوی ابن‌تیمیه و ابن‌قیم بنا شده بود که در ضمن، نظرات فقهی محمد عبده را نیز دربرداشت، لیکن در ۱۹۲۹م تغییراتی یافت و احکام آن تنها بر مبنای آرای فقهای مذاهب اربعه اصلاح شد. در ۱۹۳۶م، قانون دیگری به تصویب رسید که در آن احکامی ناظر بر روابط اعضای خانواده و تنظیم امور مالی آنان پیش‌بینی شده بود. در ۱۹۴۳، ۱۹۴۶ و ۱۹۵۲م، قوانین راجع به ارث و وصیت و وقف وضع شد، تا آن‌که در ۱۹۵۶ میلادی تغییرات عمده‌ای در حقوق مصر از جمله مقررات مربوط به احوال شخصیه رخ داد (همان، ص ۱۵-۱۶).

۳- سوریه

به رغم جدایی سوریه از عثمانی، قانون ۱۹۱۷م عثمانی تا سال ۱۹۵۳م در کشور سوریه مجری بود. در این سال، قانونی راجع به احوال شخصیه به تصویب رسید که

ناسخ قانون پیشین بود (شلیبی، ۱۹۷۷م، ص ۱۸؛ مالک، ۱۹۷۸م، ص ۲۷).

ماده اول قانون مدنی سوریه نخستین منبع حقوق را، پس از نصوص قانونی، مبادی شریعت اسلامی و سپس عرف، مبادی حقوق طبیعی و قواعد عدالت دانسته است (زرقاء، ۱۹۶۹م، ج ۱، ص ۱۲-۱۳).

۴- اردن

تا ۱۹۲۷م که قانون خانواده به تصویب رسید، اردن نیز قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۱۷م عثمانی را اجرا می‌کرد. در ۱۹۵۱م قانون تازه‌ای که مأخوذ از قوانین ۱۹۲۰ و ۱۹۲۹ میلادی مصر بود، به تصویب رسید. در این قانون پیش‌بینی شده بود که در صورت فقدان نص در یکی از موضوعات احوال شخصیه به قول ارجح در مذهب حنفی عمل خواهد شد (شلیبی، ۱۹۷۷م، ص ۱۸، حاشیه).

۵- عراق

عراق نیز از جمله کشورهای اسلامی بود که قوانین مجله الاحکام عثمانی تا دیر زمانی پس از انحلال دولت عثمانی در آن به موقع اجرا گذاشته می‌شد و محاکم شرع تا تشکیل جمهوری در عراق به کار خود ادامه می‌دادند. وظیفه این محاکم رسیدگی به احوال شخصیه و دعاوی مربوط به آن بر اساس قوانین مجله الاحکام بود. در ۱۹۵۱م قانون مدنی عراق به تصویب رسید و عملاً قوانین مجله الاحکام منسوخ شد (بحرالعلوم، ۱۹۶۳، ص ۱۱۶ و ۱۳).

مبانی قانون‌گذاری در ایران از انقلاب مشروطیت تاکنون

پیشینه قانون‌گذاری در ایران، به مفهوم امروزی آن، به یک قرن هم نمی‌رسد. اختلاف نظر بر سر مبانی مشروعیت قوانین از همان آغاز تشکیل مجلس و شروع فعالیت آن و به‌خصوص هنگام تدوین متمم قانون اساسی، مطرح شد و نگرانی‌هایی از این‌که در مجلس مقرراتی بر خلاف موازین و مبانی شرع اسلام تصویب و لازم‌الاجرا شود، ابراز شد (کسروی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۹۱ به بعد).

سرانجام در متمم قانون اساسی، تصریح شد که قوانین نباید مغایر با موازین شرع باشد و «استقرار قانون موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعی...» (اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه).

بدین ترتیب، امامیه در اولین تجربه قانون‌گذاری مبتنی بر شریعت پس از مشروطیت عملاً شیوه تجمیع فتاوا را اتخاذ کرد و توجه به نظر مشهور را در قانون‌گذاری وجهه همت خود قرار داد (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۵).

پس از انقلاب اسلامی نیز در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ذکر شد: «... قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است، بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد، بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان عادل و پرهیزگار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است...».

و اصل چهارم قانون اساسی با دقت کافی اعلام کرد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...».

همچنین، مطابق اصل ۶۹ قانون اساسی: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان... است» و مطابق بند اول اصل ۱۹ همان قانون «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز» به وسیله مقام رهبری به عضویت شورای نگهبان انتخاب می‌شوند و اجرای این قسمت از اصل ۲۷ قانون اساسی، یعنی عدم مغایرت با اصول و احکام مذهب رسمی کشور، منحصراً در صلاحیت آقایان فقهای آن شورا است.

بحثی که در این‌جا مطرح می‌شود این است که: اولاً- اگر وجود مرجعی برای تصویب قوانین پذیرفته شد، باید با در نظر گرفتن مصالح عامه و به تناسب زمان و نیازمندی‌های حادث جامعه، به وضع مقررات مناسب و لازم اقدام کنند؛ ثانیاً- با توجه به حدوث نیازهای جدید و مسکوت بودن بسیاری از احکام در نصوص شرعی و اختلاف نظر فقها در بسیاری از موارد، برای تشخیص شرعی بودن یا نبودن مقررات مورد نیاز، چه چیزی را باید معیار قرار داد و بر چه اساسی امری را مطابق یا مغایر موازین شرعی تشخیص داد؟ پس از انقلاب اسلامی، توجه صرف به وضع و اجرای مقررات شرعی و حذف قوانین

خلاف شرع، موجب شد که عملاً در برخی قوانین، فتاوای مشهور فقها معیار سنجش شرعی بودن مصوبات مجلس به حساب آید و بر آن مبنا قوانین، وضع، اصلاح یا منسوخ شوند.

در صورتی که صرف مشهور بودن یک فتوا، صلاحیت ایجاد نمی‌کند که آن فتوا مبنای قانون‌گذاری واقع شود، چنان که فقهای برجسته معتقدند:

فان دأبه (ای: دأب الشهید الثانی) عدم جعل الشهرة - بل ولا عدم ظهور الخلاف بمجرد - دلیلاً و این وجد له من الأخبار الغير الصحیحه شاهداً (طباطبایی، ۱۴۱۸ هـ ج ۱۲، ص ۱۶۵). «روش شهید ثانی (ره) این است که شهرت را دلیل نمی‌داند، هر چند که اخبار ضعیفی هم مطابق با قول مشهور وجود داشته باشد».

شیخ انصاری (ره) نیز از محقق حلی (ره) در *المعتبر* نقل می‌کند: «... آنچه از شهرت به ذهن متبادر می‌شود، انتشار و رواج است... چه بسا در مواقعی، احراز مخالفت بعضی فقها با رأی مشهور، مانع از حصول قطع به حکم شرعی از طریق شهرت می‌شود...» (حجتی بروجردی، ۱۴۱۲ هـ ج ۲، ص ۹۶).

در مواردی دیگر، گاهی فتاوای مجتهدان زنده و بعضاً فتاوای مجتهدان درگذشته، ملاک قانون‌گذاری در قوانین خانواده شد؛ در حالی که این روش قانون‌گذاری، در مذهب امامیه که تمسک به نظرات مجتهد زنده اعلم و جامع شرایط را شرط می‌داند و رجوع از مجتهدی به مجتهد دیگر و رجوع از مجتهد زنده به درگذشته را به رسمیت نمی‌شناسد، مورد مناقشه است.

از طرفی این رویکرد در قانون‌گذاری، بدون در نظر گرفتن مقتضیات و نیازهای زمان و تحول مفهوم و کارکرد خانواده صورت گرفت و مشکلاتی را به دنبال آورد؛ به گونه‌ای که در بعضی موارد، مجالس قانون‌گذاری ناچار شدند به نحوی از قانون جدید صرف نظر کنند و دیگر بار با ظرافت و پیچیدگی خاصی، موضوع را به همان وضعیت نخست در آورند یا در جستجوی چاره‌ای برای آن باشند.

مصادیق اخذ رخصت‌های شرعی در قوانین خانواده ایران

هر چند قانون‌گذار ایران مبنای مشخصی را در تدوین و تصویب قوانین به‌طور عام و قوانین و مقررات خانواده به‌طور خاص، مورد لحاظ قرار نداده است، در موارد معدودی تحت تأثیر اقتضائات و تغییر ماهیت خانواده و به منظور رفع تنگنای قوانین موجود، بدون داشتن اراده قبلی، به رخصت‌های شرعی دست یازیده است که در ادامه بحث به بررسی این مواد قانونی می‌پردازیم.

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی ایران، که از فقه امامیه اقتباس شده است، بیان می‌دارد: در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید، همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

به منظور ضمانت اجرای ماده مذکور نیز، ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده - مقرر داشته است که هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از پرداخت نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، دادگاه، او را به ۳ ماه و یک روز تا ۵ ماه حبس محکوم می‌نماید.

این ضمانت اجرا بار دیگر در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مورد تأکید واقع شد که امتناع از پرداخت نفقه زوجه در صورت استطاعت مرد، تبعات کیفری خواهد داشت:

- هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان، تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.

تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است. همچنین به موجب ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثرا باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند؛ در این صورت با رعایت

ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد^۵.

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سال ۱۳۱۰ نیز مقرر کرده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

در ماده ۳ قانون ازدواج سال ۱۳۱۰ به ضمانت اجرایی تخطی از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اشاره شده بود: «هر کس برخلاف ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است، مزاجت کند، به شش ماه الی دو سال حبس جنحه‌ای محکوم خواهد شد و در صورتی که دختر به سن ۱۳ سال تمام نرسیده باشد، لااقل به دو الی سه سال حبس جنحه‌ای محکوم می‌شود... عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز به همان مجازات یا به مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می‌شوند...».

به دلیل ماده وجود ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به‌ویژه ذیل آن‌که در صورت وجود مصلحت، نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال را وجهه‌ای قانونی بخشیده بود، ازدواج بین دختران و پسران نابالغ افزایش یافت و در مواردی به طلاق منجر شد. چنین استدلال می‌شد که بی‌تجربگی زوجین از عوامل مؤثر این طلاق‌هاست. برای رفع این مشکل، قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳ در ماده ۲۳ مقرر کرد: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند

^۵ ماده ۱۰۲۳- در مورد مواد ۱۰۲۰ - ۱۰۲۲ محکمه وقتی می‌تواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جرایم محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران اعلانی در سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت نماید که اگر خبر دارند به اطلاع محکمه برسانند. هر گاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده می‌شود.

استثنائاً در مورد زنی که سن او از پانزده سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود. زن یا مردی که برخلاف مقررات این ماده با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاجت کند حسب مورد به مجازات‌های مقرر در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد».

پس از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۶۱ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی بدین ترتیب اصلاح شد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است». و تبصره ماده ۱۰۴۱ اعلام می‌داشت: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه».

در سال ۱۳۷۰ تبصره مذکور به شرح زیر اصلاح شد: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد».

در خصوص ضمانت اجرای کیفری در تخلف از مفاد ماده ۱۰۴۱ و تبصره آن، ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر داشته است: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد».

مصادق دیگر اخذ به رخصت‌های شرعی در قوانین ایران، موردی است که دختری بخواهد با شوهری که همتای اوست، ازدواج کند، اما پدر یا جد پدری وی بخواهند بدون سبب معقول، با عدم اذن خود مانع ازدواج او شوند؛ در این صورت، بنا بر قول کسانی که اذن پدر یا جد پدری را شرط صحت نکاح باکره رشیده می‌دانند، شرطیت اذن مذکور ساقط می‌شود.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران در این مورد به دختری که پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه ازدواج به او مضایقه کنند، اجازه داده است با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، از دادگاه اجازه ازدواج را کسب کند.

مصادق دیگر رخصت‌های شرعی، ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۰ در خصوص

حضانة اطفال بود: «در صورت فوت یکی از ابویں حضانة طفل با آنکه زنده است خواهد بود. هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد».

همین حکم در سال ۱۳۶۰ تحت عنوان قانون واگذاری حق حضانة فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها در یک ماده، به تصویب رسید. بنابراین، صلاحیت حضانة برای هر یک از پدر یا مادر قرار داده شد که نحوه اجرای آن در مورد پسر و دختر متفاوت است. در فقه امامیه، چند دیدگاه در مورد حضانة پسر و دختر وجود دارد. بنا بر قول مشهور، مادر تا دو سال در مورد پسر، و تا هفت سال در مورد دختر، بر پدر، اولویت دارد. گروهی حضانة مادر در مورد دختر را تا هفت سالگی اعتقاد دارند. قانون ازدواج سال ۱۳۱۰ نظریه مشهور را پذیرفته است، در ماده ۱۵ این قانون مقرر شده است: «نسبت به نگهداری اطفال مادر تا دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حق نگهداری با پدر است. نسبت به اطفال اناث تا سال هفتم حضانة با مادر خواهد بود».

قانون حمایت خانواده، به دادگاه اختیار داد که به نحو مقتضی و مناسب حال اطفال، تعیین تکلیف کند؟!

در ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ مقرر شد: «... دادگاه مکلف است ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش، تکلیف نگهداری فرزندان را پس از طلاق تعیین کند و اگر قرار باشد فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند، ترتیب نگهداری و میزان هزینه آنان را مشخص سازد... اطفالی که والدین آنان قبل از تصویب این قانون از یکدیگر جدا شده‌اند، در صورتی که به طریق اطمینان بخشی ترتیب هزینه نگهداری و حضانة آنان داده نشده باشد مشمول مقررات این قانون خواهند بود».

در ماده ۱۳ این قانون آمده است: «در هر مورد که دادگاه حسب اعلام یکی از والدین یا اقربای اطفال و یا دادستان شهرستان تشخیص دهد که تجدید نظر مراجع به حضانة طفل ضرورت دارد، نسبت به تصمیم قبلی خود تجدید نظر خواهد کرد. در این موارد دادگاه می‌تواند حضانة طفل را به هر کس که مقتضی بداند محول کند ولی در هر حال هزینه حضانة به عهده کسی است که به موجب تصمیم دادگاه مکلف به پرداخت می‌شود».

از ظاهر این دو ماده چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار در صدد لغو حکم حق تقدم پدر و مادر در امر حضانت است. آنچه در امر حضانت از اهمیت ویژه برخوردار است، وضعیت مادی و معنوی اطفال است. در زمانی که کودک بیشتر به مواظبت و شفقت نیاز دارد، مادر مقدم بر پدر است و در دورانی که تربیت کودک مهم‌تر از نگهداری اوست پدر مقدم است. پس آنچه مبنای اولویت پدر یا مادر قرار می‌گیرد، مصلحت کودک است، نه حمایت از مادر یا تأمین ریاست خانواده.

بدین ترتیب در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مقرر شد: «در موردی که صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد او را به هر کدام که مناسب‌تر می‌بینند یا به دیگران می‌سپارند».

اما تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، اوج متوسل شدن قانون‌گذار به رخصت‌های شرعی در جهت تعدیل ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد» (مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰).

با اعمال رخصت قانونی منظور شده در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، زن نیز در موارد محدودی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید. این موارد عبارتند از:

- ۱- خودداری یا عجز شوهر از دادن نفقه (ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی)
- ۲- غیبت شوهر بیش از چهار سال (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی)
- ۳- وکالت زن در طلاق (ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی)
- ۴- عسر و حرج زن (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی) که دایره مصادیق آن وسیع است و در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

سیر تکامل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از موادی است که چندین بار در طول حیات خود تغییر کرده است که به طور اجمال به آن اشاره می‌کنیم:

- ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰ بیان می‌داشت: حکم ماده قبل (۱۱۲۹) در موارد ذیل نیز جاری است:

۱- در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد.
۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگی زن را با او غیرقابل تحمل نماید.
۳- در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (اصلاحی آزمایشی ۱۳۶۱/۱۰/۸) می‌گوید: در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید: در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از عسر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ مورد اصلاح و بازنگری قرار گرفت؛ اما چندان تغییر نکرد.

تبصره ماده ۱۱۳۰ در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ مصوب و به این ماده افزوده شد.

ضرورت الحاق این تبصره از آنجا ناشی می‌شد که ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بدون تقیید به شرط یا حالت خاص، معیار «عسر و حرج» را مفردی برای رهایی زن از علقه زوجیت قرار داده بود: «در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، به‌طور کلی به زن اجازه می‌داد که چنانچه دوام زوجیت موجب عسر و حرج او باشد، برای اجبار زوج به طلاق به دادگاه رجوع نماید و در صورت میسر نشدن اجبار زوج به طلاق، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده شود. درباره مسأله اخیر، فقها بحث خاصی مطرح نکرده‌اند؛ با وجود این، حکم ماده مذکور با مفاد قسمتی از آیه ۲۳۱ سوره بقره انطباق دارد که می‌فرماید: ... *ولا تمسکوهن ضراً لتعتدوا، و من یفعل ذلک فقد ظلم نفسه؛* «آنان را برای آزار و زیان رساندن به ایشان نگاه مدارید تا [به حقوقشان] تعدی کنید و هر کس چنین کند، قطعاً بر خود ستم نموده است». اختلاف سلیقه قضات دادگاه‌های خانواده در تشخیص مصادیق عسر و حرج و مسکوت

بودن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی موجب شد قانون‌گذار جهت رفع نواقص ماده مزبور به تصویب طرح الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ روی آورد. این تبصره در نهایت در ۸۱/۴/۲۹ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید.

طرح «الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی» که در جلسه ۱۳۷۹/۷/۳ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده و مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته بود، در اجرای اصل یکصد و دوازدهم^۶ (۱۱۲) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید و در جلسه رسمی مجمع به شرح ماده واحده ذیل به تصویب رسید: این تبصره در بیان تمثیلی از عسر و حرج چنین مقرر می‌دارد: عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به‌وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه، با مشقت همراه و تحمل آن را مشکل سازد. موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌شود:

۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی یا ۹ ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه؛

۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید یا پس از ترک، مجدداً به مصرف مواد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه طلاق انجام خواهد شد.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر؛

۴- ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت

۱- اصل یکصد و دوازدهم مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آن ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید.

زوجه قابل تحمل نباشد.

۵- ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این قانون مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید. علاوه بر این که دادگاه‌ها این حق را خواهند داشت که هر کاری را که انجام دادنش برای زوجه سخت و شاق و عادتاً غیرقابل تحمل باشد، از مصادیق عسر و حرج دانسته و او را مطلقه نمایند.

چنین به نظر می‌رسد که موارد زیر از جمله ضرورت‌های رویکرد نوین در قوانین خانواده هستند: توجه به ظرفیت‌های فقه به عنوان دانش تولیدکننده، بررسی تطبیقی نظرات علمای مذاهب اسلام در حوزه خانواده، بررسی تجربیات کشورهای اسلامی در زمینه قانون‌گذاری خانواده و میزان توفیق آن‌ها در حل معضلات خانواده، بررسی آسیب‌ها و مشکلات اجرایی قوانین خانواده در ایران، پیشنهاد قوانین متناسب با تحول ماهیت خانواده و گفتمان سازی در حیطه قانون‌گذاری خانواده.

یافته‌های پژوهش

- ۱- با توجه به روح تسهیلی شریعت اسلامی، اگر به خاطر اجرای احکام شرعی، فرد در مضیقه قرار گیرد و لازم آید تا وسعتی در حال او ایجاد شود، در چنین مواردی جایز است در چارچوب احکام و اصول شرعی به نحوی گشایشی در کار او پدید آورده شود.
- ۲- مشکلات و مسائل اجرایی قوانین خانواده در عرصه اجرا، نشان می‌دهد که باید تحولی در قانون‌گذاری و بینش حاکم بر انطباق قوانین خانواده با موازین شرع در جهت تدوین قوانین نوین در حوزه خانواده و تحقق ایده حقوق واحد فرامذهبی اسلامی صورت پذیرد؛ وگرنه همواره این تصور ایجاد می‌شود که تقید به موازین شرع، مانعی برای تکامل حقوق و وضع قوانین بر اساس نیازمندی‌های ضروری جامعه است، این امر، یا به کنار گذاشتن موازین شرعی می‌انجامد، یا به دلیل وجود قوانین بازدارنده و غیرمنطبق با مقتضیات زمان به عقب ماندن جامعه دینی از توسعه و پیشرفت، منجر می‌شود.

- ۳- نخستین قانون رسمی احوال شخصیه در کشورهای اسلامی که حقوق خانواده را به شکل قوانین جدید کدبندی کرد و در آن از گنجینه فقهی همه مذاهب اسلامی بهره گرفت، حقوق العائله یا حقوق خانواده در کشور عثمانی بود.
- ۴- روش قانون‌گذاری در ایران که مبتنی بر تجمیع فتاوی (مجتهدان زنده، درگذشته، اعلم، مفضول و فتاوی مشهور، شاذ، متروک و...) است، مورد مناقشه است.
- ۵- قانون‌گذار ایران، در برخی مواد قانونی، تحت تأثیر اقتضائات و تغییر ماهیت خانواده و به منظور رفع تنگناهای قوانین موجود، بدون داشتن اراده قبلی، به صورت ناخودآگاه به رخصت‌های شرعی دست یازیده است.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم
- ابن سبکی، تاج‌الدین عبدالوهاب، *جمع الجوامع*، حاشیه علامه بنانی، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵هـ
- ابن عاشور، طاهر، *تفسیر التحریر و التنویر*، تونس، دارالتونسیه للنشر، ۱۹۸۴م
- ابن فرحون مالکی، ابوالوفا ابراهیم بن علی بن محمد برهان‌الدین، *تبصره الحکام فی أصول الأفضیه و مناهج الأحکام*، بی‌جا، دار الکتب العلمیه، الطبعة الأولى، ۱۴۱۶هـ/۱۹۹۵م
- ابوزهره، محمد، *الاحوال الشخصیه*، قاهره، بی‌نا، ۱۳۶۹/۱۹۵۰م
- استانبولی، ادیب؛ ابوحبیب، سعدی، *المرشد فی الاحوال الشخصیه*، ملحق المجموعه (ج ۳)، دمشق، مکتبه القانونیه، ۱۹۹۷م، چاپ سوم
- اندرسون، جیمز نورمن دالریمل، *تحولات حقوقی جهان اسلام*، ترجمه فخرالدین اصغری و جلیل قنواتی و مصطفی فضائلی، قم، بی‌نا، ۱۳۷۶
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *تمهید القواعد الاصولیه والعربیه*، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۷۴
- جودت باشا، احمد، *المجله الاحکام العدلیه (حقوق العائله فی النکاح المدنی والطلاق النکاح)*، بعنایه بسام عبدالوهاب الجابی، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۲۴هـ
- حجتی بروجردی، بهاء‌الدین، *الحاشیه علی کفایه الاصول تقریراً لمبانی آیه الله السید محمد حسین الطباطبائی البروجردی*، قم، انصاریان، ۱۴۱۲هـ
- خطیب، محب‌الدین، *مع الخطوط العریضه لمحبه الدین الخطیب*، بی‌جا، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل‌البيت 7، بی‌تا
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول: تقریر بحث ابوالقاسم الخوئی*، واعظ الحسینی، محمد سرور، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۷هـ چاپ پنجم
- شاکری گلپایگانی، طوبی، «*اجتهاد: سیاست شرعی؛ تیسیرگرایی*»، مجموعه مقالات همایش اجتهاد در دنیای معاصر، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامی، ۱۳۸۸

- شحاته، شفیق، *حقوق اسلامی در خاورمیانه*، ترجمه محمد علوی، تهران، بی‌نا، ۱۳۸۲
- شلی، محمد مصطفی، *احکام الاسره فی الاسلام*، بیروت، بی‌نا، ۱۳۹۷/۱۹۷۷م
- شمس‌الدین، محمد مهدی؛ فضل‌الله، محمدحسین؛ الزحیلی، وهبه و دیگران، *الاجتهاد و الحیاه، حوار علی الورق، حوار و اعداد محمد الحسینی*، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، الطبعة الثانی، ۱۴۱۷/۱۹۹۶م
- صابونی، عبدالرحمن، *شرح قانون الاحوال الشخصیه السوری*، دمشق، مطبعه الجدیده دمشق، ۱۹۸۵م
- طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، تهران، مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸هـ
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، بی‌جا، المكتبه المرتضویه، بی‌تا
- عبده، محمد، *الأعمال الكامله للامام محمد عبده*، جمعها و حققها و قدم لها محمد عماره، بیروت، المؤسسه العربیه للدراسات و النشر، الطبعة الثانیه، ۱۹۸۰-۱۹۷۹م
- کسروی، احمد، *تاریخ مشروطه ایران*، تهران، مجید، ۱۳۹۰، چاپ ششم
- کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱هـ چاپ چهارم
- مالک، حنا، *الاحوال الشخصیه و محاکمها*، بیروت، بی‌نا، ۱۹۷۸م
- مجلسی، محمدباقر، *مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳، چاپ دوم
- معلوف، لوئیس، *المنجد فی اللغه*، قم، پرتو، ۱۳۷۴
- موسوی خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵/۱۴۲۷هـ
- ناصری مقدم، حسین، *«اصل سهولت و مدارا در اندیشه و سیره‌ی امام موسی صدر»*، همایش امام موسی صدر؛ انسان عقل و اخلاق، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۸۸
- نووی، محیی‌الدین، *المجموع فی شرح المذهب*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا
- ووسینیچ، وین، *تاریخ امپراتوری عثمانی*، ترجمه سهیل آذری، تهران، بی‌نا، ۱۳۴۶

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.